AUSZUG AUS DER DR.-ARBEIT DES REFERENDARS FERDINAND KERTESZ

ZUR RECHTSSTELLUNG DER BANKEN IM EFFEKTENKOMMISSIONSHANDEL

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

EINGEREICHT DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT MARBURG/LAHN

1922

AUSZUG AUS DER DR.-ARBEIT DES REFERENDARS FERDINAND KERTESZ: „ZUR RECHTSSTELLUNG DER BANKEN IM EFFEKTENKOMMISSIONSHANDEL“.

Die Effektenkommissionsgeschäfte sind eine Gruppe der eigentlichen Kommissionsgeschäfte, wie sie aus dem Code de commerce von 1806 in die Handelsgesetzbücher der meisten Länder übergegangen sind. Auch die Verfasser des deutschen Handelsgesetzbuches von 1897 haben die Bestimmung des code de commerce über das Kommissionsgeschäft dem Sinne nach übernommen, vollständig sind indessen die Rechtsbeziehungen zwischen Kommissionär und Kommittenten im deutschen Handelsgesetzbuch nicht geregelt. Für die Entscheidung zweifelhafter Fragen müssen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches mit in Betracht gezogen werden. Darüber, welche bürgerlich-rechtlichen Vorschriften auf den Kommissionsvertrag anzuwenden sind, gehen die Ansichten auseinander. War es zur Zeit des gemeinen Rechtes strittig, ob die Kommission als Mandat anzusehen sei oder nicht, so ist es heute eine lebhaft umstrittene Frage, ob sie als ein Dienst- oder als ein Werkvertrag anzusprechen sei. Das Kommissionsgeschäft wird seiner rechtlichen Natur nach als Werkvertrag zu kennzeichnen sein. Wenn in Abs. 1 des § 396 HGB. bestimmt ist, dass der Kommissionär die Provision fordern kann, „wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist“, so geht daraus hervor, dass der Kommissionär nicht schon wie der Dienstverpflichtete beim Dienstvertrag für seine Bemühungen die Vergütung erhält, sondern erst für den Abschluss des übernommenen Kauf- oder Verkaufgeschäftes, also für den durch die Dienstleistung herbeigeführten Erfolg im Sinne des § 631 Abs. 2 BGB. Ferner bleibt auch zu berücksichtigen, dass als wesentliches Moment zu Gunsten der Auffassung, dass ein Werkvertrag vorliege, der Umstand spricht, dass der Wille des Kommittenten sich nicht allein auf das Leisten von „Diensten“, sondern darüber hinaus auf die Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges gerichtet ist. Unbestritten in Schrifttum und Rechtsprechung ist, dass der Kommissionsvertrag ein sogenannter Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB. ist, so dass wir nunmehr die Kommission ihrer rechtlichen Natur nach als einen Geschäftsbesorgungs-Werkvertrag zu bezeichnen haben.

Nach der allgemein üblichen Fassung des Kommissionsvertrages liegt die Verpflichtung des Kommissionärs im An- und Verkauf der kommittierten Waren bezw. Wertpapiere. Indessen wird es wohl kaum

einen anderen Vertragstypus geben, bei dem sich der Handel so von der Form losgelöst und an deren Stelle den „ökonomischen Effekt" gesetzt hat, wie gerade im Kommissionshandel und besonders im Handel mit Effekten. Die strengere Form des Handelns des Kommissionärs für fremde Rechnung tritt immer mehr und mehr zurück und der Handel in Effekten wickelt sich meistens in der Form ab, dass der Kommissionär die Aufträge durch Selbsteintritt erledigt. Dieser Vorgang streift den sogen. Eigenhandel so sehr, dass eine Unterscheidung in praktischer Richtung kaum möglich ist. Erschwert wird die Unterscheidung noch durch den Umstand, dass im deutschen Recht, im Gegensatz zum englischen, der Effektenhändler-Bankier zugleich Kommissionär und Eigenhändler sein kann. Ein Eigengeschäft ist zweifellos nur dann anzunehmen, wenn dasselbe auf einem objektiv feststehenden Preise beruht, während in allen übrigen Fällen die widerlegbare Vermutung für das Kommissionsgeschäft spricht. Die wesentlichste Unterscheidung aber zwischen Eigenhandel und Selbsteintritt ist darin zu sehen, dass bei der Kommission die wirtschaftlichen Vorteile des Deckungsgeschäftes nicht dem Bankier, also auch nicht dem selbsteintretenden Bankier als Kommissionär zugute kommen, sondern dem Auftraggeber, während den Eigenhändler Nachteile und Vorteile des Geschäftes selbst treffen.

Der Selbsteintritt ist nur eine Art der Ausführung der Kommission und der Kommissionär bleibt trotz des Selbsteintritts Kommissionär. Kommission und Kauf bestehen bei der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt nebeneinander. Der selbsteintretende Einkaufskommissionär ist wahrer Verkäufer, der selbsteintretende Verkaufskommissionär wahrer Käufer; sie bleiben jedoch Kommissionäre, die das Kaufgeschäft abschliessen und den Kaufauftrag ausführen.

Ein Vergleich mit dem ausländischen Recht zeigt uns, dass der Selbsteintritt in England und Amerika untersagt ist; auch der code civil verbietet dem mit dem Verkauf einer Ware beauftragten Mandatar, die Ware selbst, auch durch eine Mittelsperson, zu kaufen, unter Androhung der Nichtigkeit des Kaufes, im französischen Schrifttum aber wird heute eine freiere Auffassung vertreten, die trotz der Bestimmung des code civil gegen die Ausübung des Selbsteintritts nichts einzuwenden hat. Der Codice di Commercio del Regno d'Italia hat die Berechtigung des Kommissionärs zum Selbsteintritt ausgesprochen und nach § 400 unseres Handelsgesetzbuches ist der Selbsteintritt dem Effektenkommissionär gestattet, wenn es sich erstens um eine Kommission zum Einkauf oder Verkauf handelt, zweitens wenn die Wertpapiere einen amtlich festgestellten Börsenpreis haben und drittens, wenn der Kommittent den Selbsteintritt nicht untersagt hat. Die Fassung der gesetzlichen Vorschrift

lässt ohne jeden Zweifel die Vermutung für die Erlaubnis zum Selbsteintritt sprechen, wenn es sich um Wertpapiere handelt, die einen amtlich festgestellten Börsenpreis haben. Der Börsenpreis, der im Effektenhandel Kurs genannt wird, ist ein amtlicher, wenn er nach den grundlegenden Bestimmungen der §§ 29 und 43 des Börsengesetzes festgesetzt worden ist. Die gesetzliche Regelung berührt nur den Börsenpreis für solche Wertpapiere, die zum Börsenhandel zugelassen sind, „für Wertpapiere, deren Zulassung zum Börsenhandel verweigert oder nicht nachgesucht ist, darf eine amtliche Feststellung des Preises nicht erfolgen".

Ueber die Zeit der Ausführung der Aufträge entscheidet in erster Linie die Weisung der Kunden, fehlt eine solche, so hat der Bankier den Auftrag unverzüglich, d. h. an der Börse desjenigen Tages auszuführen, an dem der Auftrag eingeht.

Was den Ort der Ausführung anbetrifft, so wird man mangels einer Weisung der Kunden, eine widerlegbare Vermutung dafür aufstellen können, dass a) bei einem dem am Börsenplatze wohnenden Bankier erteilten Auftrag dieser Platz Ort der Ausführung ist und dessen amtlicher Börsenpreis massgebend sein soll, b) bei einem dem Provinzbankier erteilten Auftrag hat der dem Wohnort desselben übergeordnete Börsenplatz als Ort der Ausführung und dessen Kurs als amtlicher Börsenpreis zu gelten.

Die wesentlichste Rechtswirkung des Selbsteintritts ist die Beschränkung der Rechenschaftspflicht des selbsteintretenden Kommissionärs. Während der Bankier bei der regelrechten Ausführung der Kommission verpflichtet ist, dem Kunden über das Geschäft Rechenschaft abzulegen, beschränkt sich im Falle der Ausführung durch Selbsteintritt „die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschliessung des Kaufes oder Verkaufes abzulegen, auf den Nachweis, dass bei dem berechneten Preise der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsenpreis eingehalten ist". Diese Beschränkung der Rechenschaftspflicht in erster Linie hat Viele veranlasst, in der Geschäftserledigung durch Selbsteintritt die Ursache mancher Mißstände im Bankwesen zu sehen und die völlige Abschaffung des Selbsteintrittsrechts zu verlangen. Die Vorteile des Selbsteintritts dürfen indes nicht zu gering eingeschätzt werden und ebensowenig dürfen alle unlauteren Machenschaften der Gewährung des Selbsteintrittsrechtes zugeschoben werden. Mag der Selbsteintritt die Vornahme unzulässiger Handlungen fraglos erleichtern, so kann diese Tatsache allein nicht für den Wert oder Unwert dieser Art der Ausführung der Kommission entscheidend sein, zumal eine Beseitigung des Selbsteintrittsrechts keineswegs die Unmöglichkeit ähnlicher unlauterer Machenschaften zur Folge haben würde. An

dem Selbsteintrittsrecht ist festzuhalten; eine Beseitigung oder auch nur eine wesentliche Erschwerung desselben kann darum nicht befürwortet werden. Um den mancherlei Auswüchsen des Selbsteintrittsrechtes wirksamer als bisher entgegentreten zu können, bleibt die Schaffung einer neuen scharf umrissenen gesetzlichen Vorschrift zu erwägen, etwa in folgendem Wortlaut: Schädigt der Effektenkommissionär oder Effektenhändler vorsätzlich oder fahrlässig das Vermögen des Kommittenten durch Erteilung eines falschen Rates oder einer unrichtigen Auskunft, oder handelt er in sonstiger Weise zum Nachteile des Kommittenten, so ist er diesem zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet, auch wenn er nicht von der Absicht ausgegangen ist, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er nachweisen kann, dass er mit der im Handelsverkehr erforderlichen Sorgfalt gehandelt hat, oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten sein würde.

Neben dem gesetzlichen Selbsteintrittsrecht hat sich im Effektenhandel ein auf Vereinbarung zwischen Bankier und Kunde beruhendes Selbsteintrittsrecht herausgebildet, das es dem Bankier gestattet, die Aufträge auch bei amtlich nicht notierten Werten durch Selbsteintritt auszuführen. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist aus dem dispositiven Charakter des § 400 Abs. 1 HGB. herzuleiten. Der am häufigsten vorkommende Fall eines auf Vereinbarung beruhenden Selbsteintritts ist die Generalklausel in den Geschäftsbedingungen der meisten Banken, nach der alle Aufträge durch Selbsteintritt erledigt werden können. Das Vorlegen der Geschäftsbedingungen und die Annahme derselben stellen keinen selbständigen Vertrag dar, die Geschäftsbedingungen sollen nur im Voraus die Bedingungen festlegen, unter denen ein Bankier gewisse Geschäfte einzugehen gewillt ist. Der praktische Wert der Kenntnisnahme bezw. der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständniserklärung ist darin zu sehen, dass die Bestimmungen der Geschäftsbedingungen stillschweigend Bestandteile aller zukünftig abzuschliessenden Verträge werden, indem sie bei Streitigkeiten für die Auslegung des Geschäfts entscheidend sind.

In der Eigenhändlerklausel der Geschäftsbedingungen ist nur ein allgemeiner Vorbehalt des Selbsteintrittsrechtes zu sehen.

Der Handel im Freiverkehr kann in zwei Arten geteilt werden: es gibt Effekten, die nur vorübergehend — bis zu ihrer Zulassung zum amtlichen Börsenhandel — im Freiverkehr gehandelt werden und gibt solche, in denen stets ohne amtliche Notiz Abschlüsse getätigt werden. Wenn vielfach schwere Angriffe gegen diesen „wilden“ Markt im Freihandel der Börse erhoben werden, so darf nicht unberücksichtigt

bleiben, dass die augenblicklichen Verhältnisse, die Geldentwertung einerseits, der grosse Kapitalbedarf vieler neuer Unternehmungen andrerseits, den Freiverkehr stark begünstigen und dadurch bewirken, dass der Verkehr in amtlich nicht notierten Werten einen unangemessen breiten Raum im Effektenhandel einnimmt. Der freie Verkehr in jungen Effektenemissionen unmittelbar nach ihrer Schaffung bis zur Erledigung der Zulassungsförmlichkeiten ist eine wirtschaftliche Notwendigkeit; dagegen müssen Wege gefunden werden, den Freiverkehr in Effekten börsenreifer Unternehmungen zu unterbinden oder möglichst einzuschränken.

Der oberste Grundsatz des Effektenkommissionshandels ist mit Breit dahingehend festzustellen: „Von den ersten vorbereitenden Handlungen an bis zum Abschluss des letzten Aktes steht die Geschäftsverbindung unter dem Zeichen der Treueverpflichtung des Bankiers. Gleichgültig, ob es sich um Einkaufs- oder Verkaufsaufträge handelt, gleichgültig, welche Effekten Gegenstand der Kommission sind, gleichgültig, eine wie grosse Freiheit der Kunde dem Bankier bei der Erledigung der Aufträge überlässt und gleichgültig vor allem, in welcher Form der Bankier abwickelt, ob er die regelrechte Ausführung, ob Selbsteintritt oder faktische Ausführung wählt — die Treueverpflichtung wird durch alle diese Momente nicht berührt".